



UPDATE VERGABERECHT

KEIN AUSSCHLUSS WEGEN HANDLUNGEN VON NACHUNTERNEHMERN

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019 – 13 Verg 2/19

Der Auftraggeber (AG) schrieb die Leistung der Entsorgung von Restabfall europaweit aus. Die Unternehmen B und C gaben jeweils ein Angebot ab. Der AG teilte B mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot des C zu erteilen. B ging hiergegen mit der Begründung vor, das Angebot des C sei auszuschließen, weil gegen zwei seiner Geschäftsführer (GF) Strafverfahren wegen unerlaubten Umgangs mit Abfällen eingeleitet worden seien. Hintergrund dieser Verfahren war die rechtswidrige Entsorgung einer großen Menge Asche aus der Abfallverbrennung. Diese Asche hatte ein Nachunternehmer (N) des C ohne Genehmigung als Ersatzbaustoff eingesetzt. Nachdem die Vergabekammer den gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung gerichteten Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat, verfolgte B sein Begehren mit der sofortigen Beschwerde weiter.

Ohne Erfolg. Das Angebot des C sei nicht auszuschließen gewesen. Im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB, wonach ein Unternehmen ausgeschlossen werden kann, wenn es bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende u.a. umweltrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat, komme es nur auf einen eigenen Verstoß des Bewerbers / Bieters an. Die Zurechnung eines (strafbaren) Verhaltens von Drittunternehmen komme nicht in Betracht. Auch eine Verletzung der dem C obliegenden Kontrollpflicht gegenüber dem N sei nicht feststellbar. Ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB komme ebenfalls nicht in Betracht. Eine „schwere Verfehlung“ im Sinne dieses Tatbestands sei angesichts der Einstellungen der Ermittlungsverfahren gegen die GF des C nicht dargelegt. Schließlich habe der AG sein Ermessen bzgl. des Nichtausschlusses des C ordnungsgemäß ausgeübt.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist konsequent. Nach dem klaren Wortlaut von § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB kommt es ausschließlich auf einen Verstoß des Bewerbers / Bieters an. Eine Zurechnung des Verhaltens von Dritten ist hier – anders als etwa bei § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB – ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit § 124 GWB ist auch ein Urteil des EuGH vom 19.06.2019 (C-41/18 - Meca) relevant. Danach muss ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung der fakultativen Ausschlussgründe der RL 2014/24/EU die von der RL vorgegebenen wesentlichen Merkmale beachten. Er darf die dort normierten Gründe nicht verfälschen oder die Ziele, auf denen diese Ausschlussgründe beruhen, unberücksichtigt lassen. Angesichts einiger textlicher und inhaltlicher Abweichungen zu den Vorgaben der RL wird die künftige Rechtsprechung zeigen, ob § 124 GWB diesen Anforderungen genügt.